

## EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

1

La autoría del concepto de bien jurídico es atribuida al alemán Johann Michael Franz Birnbaum (1792-1877) y se fija su nacimiento en el año de 1834 (Roxin, 1997). Esta noción hace parte de una construcción del Derecho Penal liberal de carácter garantista, en la medida en que se establece como algo inherente a cada individuo y, por ello, como objeto de protección jurídica, incluida la de naturaleza penal. Aunque la doctrina se inclina mayoritariamente por la teoría del bien jurídico como fin principal de protección del Derecho Penal, durante más de dos siglos se ha esforzado por encontrar una definición consensual de este, sin que hasta el momento se haya logrado.

Posiblemente la definición más conocida y utilizada del término es la del alemán Franz von Liszt (1888), quien consideró que el “bien jurídico es el interés jurídicamente protegido” (Liszt, s.f., p. 6). Como promotor de la política criminal como disciplina y nuevo saber penal, Liszt precisó que

todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico. Esos intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada en Estado, o viceversa (Liszt, s.f., p. 6).

Muchos años después, Hans Welzel (1956), expuso que “todo bien jurídico forma parte de la vida social” (p. 6), por lo que su significación no debe ser apreciada aisladamente, sino en una relación conjunta con la totalidad del orden

social. Así, el bien jurídico es “todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones” (Welzel, 1956, p. 6).

Más cercano en tiempo, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni (2002) atribuye la creación de bienes jurídicos a la Constitución, al Derecho Internacional y al resto de la legislación. Finalmente, es el Derecho Penal el que los recibe ya tutelados, para así anunciar las condenas a través de los tipos penales, correspondientes a ciertas formas particulares y aisladas de lesión a dichos bienes.

Durante las últimas décadas, la tendencia mayoritaria de la doctrina penal acude a los ordenamientos constitucionales como fuente del bien jurídico. El profesor Claus Roxin considera que, en efecto, ese es el punto de partida correcto en un Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, en el cual se deben marcar los límites de la potestad punitiva del Estado. Así mismo, considera que los bienes jurídicos deben atender a “circunstancias dadas y finalidades” en vez de a “intereses” de modo general. Dice que

los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (Roxin, 1997, pp. 55-56).

En Colombia, la utilización del concepto de bien jurídico es relativamente reciente. En los Códigos Penales de 1837, 1873, 1890 y 1936 no se utiliza dicha expresión. Aunque, por la influencia de la Escuela Clásica Italiana y particularmente de Francesco Carrara, empezó a entenderse el delito como un ente jurídico, “porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho” (Carrara, 1956, p. 4). O sea, estaba implícito el concepto de daño y de lesión a un derecho que, en términos de hoy, se trata del bien jurídico.

En el Código Penal de 1980 se hizo la primera referencia al equivalente a bien jurídico –según la definición de Liszt–, al precisar que la existencia de la antijuridicidad depende de la realización de una conducta que, además de ser típica, debe lesionar o poner en peligro, sin justa causa, el “interés jurídico” tutelado por la ley (art. 4º). Recién expedido el Código Penal de 1980, el profesor Luis Carlos Pérez, siguiendo a Liszt, utilizó la expresión bien jurídico para referirse a “la libertad o la propiedad, agregando que en una sociedad organizada este contenido material de la antijuridicidad consiste igualmente en la lesión o el peligro de lesión de tales

bienes jurídicos” (Pérez, 1981, pp. 166-167), equiparando dicha expresión a la de “interés jurídico” utilizada por ese estatuto.

Sin embargo, se considera que la fuente actual del concepto se encuentra en el artículo 16 de la Constitución Política, en cuanto dispone que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” (Const., 1991, art. 16). Y, es en el Código Penal del 2000 (Ley 599) que se incluye la expresión “bien jurídico” en varias normas que denotan definitivamente la orientación protectora de dicho estatuto como fin principal. En el artículo 11 se define la antijuridicidad como lesión o puesta efectiva en peligro, sin justa causa, del “bien jurídicamente” tutelado por la ley penal. En el numeral 4º del artículo 25 se relacionan las diferentes posiciones de garantía, cuando se hace referencia a “la creación precedente de una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico” (Código Penal, 2000) correspondiente. También en el numeral 2º del artículo 32, se señalan las causales de ausencia de responsabilidad y se establece como eximente el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del “bien jurídico”, en aquellos casos en que puede ser dispuesto. Como se puede ver, legislativamente se acepta que el fin principal del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, a diferencia de la finalidad que el profesor Günther Jakobs (1997) le otorga como restablecimiento de la vigencia segura de la norma.

La pluralidad de conceptos no ha sido obstáculo para que la teoría del bien jurídico haya evolucionado y constituya hoy un criterio rector para la limitación del *ius puniendi* del Estado, tanto en la producción de la norma como en su aplicación y ejecución. La creación de la norma penal, atendiendo a determinados “intereses jurídicos”, puede corresponder al consenso de una comunidad, como sucede con los delitos contra la vida, o puede responder a los intereses de grupos económica y/o políticamente dominantes. Esto último, como ha sucedido con el endurecimiento de las penas en relación al secuestro, antes de que aumentara potencialmente el número de personas secuestrables debido a las tácticas de la guerrilla colombiana en lo que se conoció como “pescas milagrosas”<sup>1</sup>; o como sucede con la protección que reclaman ciertos gremios, por ejemplo respecto al hurto de hidrocarburos o a la llamada “piratería terrestre”. En esa misma línea, en

1 Secuestro de personas no adineradas, por parte de la guerrilla, que casualmente eran interceptadas en una carretera.

el proceso de formación de la ley penal no faltó la resistencia de sectores frente a la criminalización de conductas como el genocidio, las cuales pueden afectar la supervivencia de un grupo humano, así como frente a la desaparición forzada y al desplazamiento forzado, que vulneran el bien jurídico de la libertad individual.

Se le atribuye también como función a la teoría del bien jurídico la orientación para la interpretación de la ley penal, para determinar si una conducta lesiona o pone en peligro el interés jurídicamente tutelado, o si, por el contrario, excluye la antijuridicidad en la medida en la que la lesión es leve o insignificante. Obviamente, además de orientar al legislador para la creación de la norma penal, el concepto de bien jurídico limita al juez para establecer la tipicidad y la antijuridicidad, como también para determinar las sanciones de acuerdo con la gravedad de la conducta y el tipo del bien jurídico afectado.

En ese orden de ideas, los bienes jurídicos son los valores, definidos por cada sociedad, que deben ser protegidos jurídico-penalmente de forma individual o colectiva y según su importancia vital. Sin embargo, los legisladores, como representantes de la sociedad, no siempre captan con acierto los valores sociales, por lo que establecen los intereses de grupos sociales de poder como si fueran bienes jurídicos, para así favorecerlos. También ocurre que le otorgan la connotación de bien jurídico a circunstancias que no tienen dicha cualidad<sup>2</sup>, o que a las que sí la tienen no las promulgan como tales para no perjudicar los intereses de ciertos grupos que quiebran reglas en perjuicio de la mayoría de la población.

### La libertad individual como bien jurídico

El Código Penal del 2000, en su *Título III*, tiene como bien jurídico la “libertad individual” con idéntica denominación a la que exponían los Códigos Penales de 1936 y 1980, ya sea entendida como “interés jurídico”, como “circunstancia dada o finalidad”, o como “valor social”. Pero, sobre el concepto de libertad no existe unanimidad de criterio. Según la época y la sociedad en que se viva, se define la libertad. Desde un punto de vista genérico se permiten todo tipo de posiciones políticas, partidistas, religiosas, filosóficas o personales; lo que para alguien significa libertad para otra persona puede ser libertinaje o un concepto reducido

.....  
<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C430 de 12 de septiembre de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-430-96.htm>. Esta sentencia declaró inexecutable el artículo 7º de la Ley 228 de 1995, en el que se establecía como contravención el porte injustificado de ganzúas y llaves maestras.

de ella. Cada sociedad tiene una noción de lo que debe entenderse por libertad. La sociedad en la que vivimos tiene su propio concepto, quizás un criterio evolucionado y en continua aproximación a lo que en un futuro se entenderá sobre ella. Por ello, aunque estemos ubicados en un contexto histórico y en un medio social determinado, no encontraremos uniformidad y consenso acerca de lo que entendemos por libertad.

Dicha noción se encuentra representada en lo cotidiano, en las vivencias de los grupos sociales y de los individuos, así como en las múltiples relaciones entre estos; también en las expresiones artísticas y culturales, en el sistema social y político, en la economía y en la producción. El concepto de libertad también lo encontramos en las instituciones jurídicas, en su afán de buscar una definición que de por sí está determinada por los intereses de los creadores de las normas y no por los de los destinatarios de ellas.

Desde el punto de vista legal, la libertad es definida en cada sociedad por normas que imponen determinado comportamiento o reglas de juego. Todo lo que transgreda esa normatividad se contrapone a lo que, bien o mal, ha sido establecido como libertad en sentido individual y colectivo.

Desde antes del nacimiento del Estado de Derecho de corte capitalista, la libertad fue una de las consignas revolucionarias en contra de los actos arbitrarios de la monarquía, lo que tuvo su primera concreción en la *Declaración de derechos del pueblo de Virginia*, aprobada por la Asamblea Constituyente el 12 de junio de 1776. En esta se dispuso que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos [como] el goce de la vida y de la libertad” (*Declaración de derechos del pueblo de Virginia*, 1776). Días más tarde, esos mismos derechos se establecieron en la *Declaración de Independencia de Estados Unidos*, el 4 de julio de 1776, en la que se afirmó que

todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados (National Archives, 2016).

Años más tarde, en 1789, el pueblo francés, inspirado en los ideales liberales y en el fragor de una revolución, profirió la *Declaración de los Derechos del*

*Hombre y del Ciudadano*, en la cual refulge el derecho a la libertad. En el artículo 4 de esta, se expone que este derecho

consiste en hacer todo lo que no haga daño a los otros. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguren a otros miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por la ley (Rodríguez Rescia, 2008, p. 64).

Las revoluciones en Estados Unidos y Francia sirvieron de inspiración a los movimientos de independencia del resto de América. Entre estos estuvieron los del actual territorio colombiano, los cuales desembocaron en lo que conocemos como el Grito de Independencia. Dicho acontecimiento tuvo como fecha el 20 de julio de 1810, en Santa Fe, actual Bogotá, día en que se registró un Cabildo Extraordinario exigiéndose la formación de un Gobierno “sobre las bases de libertad e independencia” (Restrepo Piedrahita, 1995, p. 14).

Desde ese momento histórico en el que inicia el proceso de independencia hasta nuestros días, en las diferentes Constituciones la libertad ha sido uno de los fundamentos de la organización política en el país. En la última –1991– se establece que “la libertad es principio fundante y valor axial de nuestro Estado de Derecho” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-581, 2001), y se le reconoce un triple carácter: como valor, principio y derecho (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-879/11, 2011). De los tres depende la importancia del bien jurídico de la libertad individual.

Como valor superior, la Carta Política, en su preámbulo, tiene como aspiración asegurar a los habitantes de Colombia, entre otros, la libertad como fundamento de la construcción política y jurídica del Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-879/11, 2011). El deber es alcanzar la libertad individual en su máxima expresión sin intromisión delictiva de los particulares o de los agentes del Estado.

En el artículo segundo de la Constitución Política se encuentra el fundamento de la libertad como principio, el cual establece que el Estado tiene como fin “asegurar la convivencia pacífica”, cuestión que le corresponde cumplir parcialmente al Derecho Penal. Lo dicho, sobre la base de que “las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades” (Const., 1991, art. 2).

Es de la libertad como principio general de donde se deriva la autorización a los particulares para que puedan realizar todas las actividades no prohibidas por la Constitución y las leyes, de tal manera que estos solamente son responsables cuando realizan las prohibiciones establecidas expresamente (Const., 1991, art. 6).

La libertad entendida como derecho (Const., 1991, art. 28) “constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y [es] el instrumento ‘primario’ del ser humano para vivir en sociedad” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-176, 2007). Funciona además como un límite al ejercicio del poder del Estado, en la medida en que todo individuo es libre y por tanto no puede ser molestado en su persona o familia. Por esta razón, quien sea detenido debe ser informado sobre los motivos, de la misma manera que debe haber una razón definida previamente por la ley para que se le pueda privar de la libertad en virtud de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente y con las formalidades legales establecidas.

Según el artículo 95, “el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades” (Const, 1991, art 95) frente al Estado, la sociedad y sus miembros. Al mismo tiempo surge el deber para toda persona de “respetar los derechos ajenos”. Los derechos no son ilimitados o absolutos, la propia Constitución señala cuáles son los límites que surgen del propio sentido que tiene cada derecho, “ya de su función, ya de las justas exigencias planteadas por el derecho ajeno, por el orden público y por el bien común” (Madrid-Malo, 1996, p. 16). La libertad, en su triple connotación (valor, principio y carácter), también constituye una prohibición para los particulares, que tiene que ver con no coartar, limitar o restringir las libertades de las demás personas bajo ningún pretexto.

La libertad individual, la que pertenece y es inherente a cada individuo de la especie humana, es el derecho que tiene toda persona de realizar acciones u omisiones que le permitan efectuar sus propias elecciones, desarrollar sus capacidades y aptitudes y determinar el curso de su vida; el único límite es que lo que haga no esté prohibido por la Constitución y las leyes y que no afecte los derechos de los demás. De manera recíproca, toda persona espera que los otros no amenacen o lesionen su propio derecho a la libertad mediante cualquier acto que la limite, como sería el caso de la coerción física o moral que restringe y suprime

la autonomía de la voluntad, o con cualquier conducta que la coarte, la someta, la reduzca, la oprima, la anule o la sojuzgue.

La Constitución Política colombiana establece tanto los derechos fundamentales de las personas, los derechos sociales, económicos y culturales, los derechos colectivos y del ambiente, así como también dispone nuestras obligaciones, lo que implica la definición y límite de lo que debemos entender por libertad individual y colectiva. Aunque Ralf Dahrendorf expone que “sólo hay una libertad, que es indivisible, y ésta no precisa de ningún epíteto” (Dahrendorf, 2009, p. 53), esto no quiere decir que no tenga varias manifestaciones, las cuales son reconocidas por la Constitución. Referirse a la libertad individual como bien jurídico protegido, debe hacerse en un sentido amplio, abarcando también la protección a la integridad, la dignidad y la intimidad, entre otras conglobadas por dicha noción (Basilico et al., 2011). Cada una de ellas conforma e integra dicho concepto en los delitos que se irán analizando en el transcurso del texto.

Entre las diferentes expresiones de la libertad individual están: la libertad de locomoción (art. 24); la libertad personal, física o corporal (arts. 28 y 30); la privacidad del domicilio (art. 28), como “una consecuencia necesaria de la libertad individual” (Corte Constitucional, Sentencia C-1024, 2002); el derecho a la intimidad (art. 15), entendido “como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada” (Corte Constitucional, sentencia C-489, 1995); el libre desarrollo de la personalidad (art. 16); la libertad de conciencia (art. 18); la libertad de cultos (art. 19); la libertad de expresión y de información (art. 20); el derecho y libertad de trabajo (arts. 25 y 26); las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (art. 27); la libertad de asociación (arts. 38 y 39); y la libertad económica de industria y comercio (art. 333).

La libertad de locomoción, reconocida como un derecho fundamental, es la posibilidad que tiene una persona “de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia No. T-518, 1992)<sup>3</sup>. Dicha libertad tiene su fundamento en el artículo 24, el cual establece que “todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular

3 En igual sentido se reiteró esta posición en la sentencia C-741 de 6 de octubre de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.



libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia” (Const., 1991, art. 24). En la legislación internacional es un derecho reconocido por el artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>4</sup> y por el artículo 22 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*<sup>5</sup>.

Por otra parte, la libertad personal, también denominada física o corporal, tiene su base en el artículo 28 de la Constitución Política, en el cual se protege de manera simultánea la inviolabilidad de domicilio. También se encuentra en la legislación internacional, tanto en el artículo 7º de la *Convención Americana de Derechos Humanos*<sup>6</sup>, así como en el artículo 9º del *Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos*<sup>7</sup>. Por libertad personal, a nivel constitucional, se entiende

la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona. Y por inviolabilidad de domicilio se entiende en general el respeto a la casa de habitación de las personas, lo cual muestra que el concepto de domicilio a nivel constitucional no corresponde a su acepción en el derecho civil (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia No. C-024, 1994).

En el desarrollo de la Carta Política y de su concepción en torno al bien jurídico de la libertad individual, el legislador en materia penal estableció las conductas que consideró como desviadas (principio de legalidad) y merecedoras de un reproche penal. Junto a esto, implantó como consecuencia jurídica la imposición de una pena a quienes transgredan, relevantemente para el Derecho Penal, dicha libertad.

Cuando se invaden o lesionan los derechos de los demás, se atenta contra sus libertades individuales y colectivas. Por ejemplo, privar a una persona del derecho a la libre locomoción y expresión a través del secuestro o la desaparición forzada,

4 Para más información: ONU. Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968. Ver el artículo 12.

5 Para más información: OEA. Convención Americana de Derechos Humanos, (Pacto de San José). San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969 en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf), aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972. Ver el artículo 22, sobre el derecho de circulación y residencia.

6 Para más información se recomienda leer el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el derecho a la libertad personal, aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf).

7 Para más información se recomienda leer el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

vulnera el bien jurídico de la libertad individual. Esto también ocurre cuando se lesiona el derecho para desarrollar sus actividades fundamentales, económicas, sociales y de su intimidad. Es la violación de los derechos ajenos, en estos casos de los otros individuos, lo que ha obligado a la protección penal. Como afirma el profesor Alfonso Gómez Méndez (1998), “la existencia de estos ‘bienes jurídicos’ es el fundamento para la creación de los tipos legales” (p. 15).

Al incurrir en delitos como la desaparición forzada –Código Penal, arts. 165 a 167–, el secuestro –C.P. arts. 168 a 172– y la detención arbitraria –C.P. arts. 174 a 177–, se atenta contra la libertad individual. De igual manera, con el apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo –C.P. art. 173– y con los delitos contra la autonomía personal, tales como la tortura –C.P. art. 178–, el desplazamiento forzado –CP. art. 179–, el constreñimiento ilegal –C.P. art. 182–, la fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar –C.P. art. 186– y la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado de forma no consentida –CP. art. 187–. También ofende la libertad individual el que viola el domicilio ajeno o el lugar de trabajo –C.P. arts. 189 a 191–, el que viola la reserva e intercepta ilegalmente las comunicaciones atentando contra el derecho a la intimidad –C.P. arts. 192 a 197–, el que vulnera las libertades de trabajo, reunión y asociación –C.P. arts. 198 a 200– y el que ofende el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos ignorando la libertad de cultos y conciencia –C.P. arts. 201 a 204–.

Aunque hay otros tipos penales que también se refieren a la libertad individual, por ejemplo las conductas vulneradoras de la libertad sexual, estas son abordadas especialmente y por separado en el Código Penal.

### **Principio de legalidad y tipicidad frente al bien jurídico de la libertad individual**

La tipificación de los delitos y las correspondientes penas ha constituido un avance muy importante para limitar el poder del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y así garantizar a los ciudadanos, sometidos al imperio del Derecho Penal, que sus conductas solo pueden ser consideradas punibles cuando se encuentran definidas previamente por la ley en forma expresa, clara y precisa. Este es un principio inherente al Estado Democrático de Derecho, que limita el poder punitivo del

Estado, lo somete al imperio de la ley y lo obliga al cumplimiento de las exigencias de los derechos fundamentales.

Es innegable la constitucionalización del Derecho Penal a partir de la Carta Política de 1991, la cual, al incorporar valores y principios, particularmente en materia de derechos fundamentales, incide en todas las áreas del Derecho, orientando y determinando su alcance. El principio de legalidad penal que irradia las actuaciones judiciales es una garantía de seguridad jurídica para las personas, ya que les permite conocer previamente los motivos y casos en que pueden ser objeto de penas de prisión, multa o de otra índole. Con este también se busca evitar toda arbitrariedad o abuso por parte de las autoridades penales respectivas. Finalmente, intenta asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo del Estado.

Dicho principio está garantizado por instrumentos internacionales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 11.2), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* –PIDCP– (art. 9), y la *Convención Americana de Derechos Humanos* (art. 7.2). Estos establecen el principio de legalidad en términos idénticos: “Nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos” (ONU, 1948; ONU, 1966; Ley 74, 1968; OEA, 1969). A su vez, la *Declaración Americana de Derechos Humanos* prohíbe la privación de la libertad por motivos y procedimientos “no establecidos por leyes pre-existentes” (OEA, 1948). Todos estos instrumentos están inspirados en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, que significa: ningún delito, ninguna pena sin ley previa. Al igual que estos instrumentos internacionales, la Constitución Política colombiana adoptó expresamente el principio de legalidad al establecer que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (art. 29), razón por la cual las leyes penales son irretroactivas, salvo cuando sean para favorecer al procesado o condenado.

Como parte del principio de legalidad, en materia sancionatoria y particularmente penal, uno de los fundamentos esenciales es el de la tipicidad, el cual exige que las conductas punibles deben estar descritas de manera completa, clara e inequívoca previamente en la ley, al igual que sus consecuencias jurídicas y las correspondientes sanciones penales. Esto permite que la labor del juez penal, en materia de tipicidad, se limite a verificar si una conducta ejecutada por determinada persona se adecúa a la descripción abstracta realizada por el legislador.

La Corte Suprema de Justicia modificó su postura tradicional respecto al principio de legalidad a la luz del Derecho Penal Interno y revisó su alcance y la irretroactividad de la ley penal en relación con las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales: crímenes de genocidio, de agresión, de lesa humanidad y contra el Derecho Internacional Humanitario<sup>8</sup>. Además, al igual que la Corte Constitucional<sup>9</sup>, los consideró imprescriptibles<sup>10</sup>, bajo el argumento de que el Derecho Penal Internacional se puede aplicar en los Estados, y particularmente en Colombia, independientemente de que la normatividad internacional expedida haya sido incorporada y desarrollada por el Derecho Interno.

Para algunos casos, como los correspondientes a la desaparición forzada, la tipificación del delito ocurrió hasta el año 2000, por lo que previo a esta fecha, y en momentos específicos en que se cometió dicho delito, había una ausencia de legislación interna. Frente a esto, la jurisprudencia ha considerado que, por tratarse de un delito permanente, se aplique la nueva normatividad que estableció como conducta punible la desaparición forzada. Esto para los casos que sucedieron con anterioridad al 2000 y cuyo descubrimiento del paradero final de las personas afectadas se ha establecido tiempo después; así mismo para las situaciones en las que todavía subsiste la investigación y búsqueda. Para lo mencionado, la conducta continúa agotándose mientras subsista la situación antijurídica del desaparecimiento y no se esclarezca el paradero de la víctima.

Respecto a la desaparición forzada se ha aplicado el principio de legalidad internacional como dinámica que

permite, en aras de la protección de bienes jurídicos globales o comunes a todos los Estados, que dicho Derecho Penal Internacional se pueda aplicar en los Estados, independientemente de que dicha normatividad internacional haya sido incorporada

8 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 16 de diciembre de 2010, radicado 33039, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, en: [www.procuraduria.gov.co/relatoria/.../87\\_CSJ-SP%20Proceso%2033039-2010.doc](http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/.../87_CSJ-SP%20Proceso%2033039-2010.doc).

9 La Corte Constitucional señaló que son crímenes imprescriptibles, por lo tanto no se puede invocar el principio de obediencia debida, así como tampoco se les puede otorgar a los autores o partícipes el asilo ni tampoco se les puede conceder refugio (Corte Constitucional, Sentencia C-370, 2006).

10 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 14 de marzo de 2011, radicado 33118, en: [http://www.defensoriamilitar.org/\\_pdf/RADICADO\\_33118\\_de\\_2010\\_CONCIERTO\\_PARA\\_DELINQUIR.pdf](http://www.defensoriamilitar.org/_pdf/RADICADO_33118_de_2010_CONCIERTO_PARA_DELINQUIR.pdf). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de mayo de 2013, radicado 33118, en: [http://www.centrodehistoria.gov.co/descargas/sentencias/SentenciaExcongresistaCesarPerez15mayo2013\\_33118.pdf](http://www.centrodehistoria.gov.co/descargas/sentencias/SentenciaExcongresistaCesarPerez15mayo2013_33118.pdf).

al Derecho Interno por el desarrollo de la legislación (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014, p. 42).

Esta interpretación plantea tensiones con la forma tradicional de ver el principio de legalidad y la irretroactividad de las normas penales cuando no favorecen al procesado, de cara a los estándares internacionales de los Derechos Humanos.

Respecto al problema jurídico planteado, el profesor Fernando Velásquez se pronunció críticamente, a propósito de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de diciembre de 2010<sup>11</sup>. Indicó como lamentable que, frente al tradicional culto a la Ley, hay quienes se han empeñado en demoler todo el edificio del Derecho para, en su lugar, construir un Derecho que decide caso por caso y se sustenta en el acto político del juez o fiscal de turno. Sobre la base de “un nuevo Derecho Penal con dimensión internacional”, se deja de lado la ley como fuente formal y se centra la atención en la costumbre, los principios generales del Derecho y la doctrina (Velásquez Velásquez, 2012).

Velásquez señala que en el pasado más reciente se han hecho consideraciones peligrosistas, propias del Derecho Penal de autor, en contravía del Derecho Penal de acto. A través de ellas se desconocen los principios elementales referidos a la valoración de los medios de prueba, se pisotea el debido proceso y,

tanto la Sala de Casación Penal<sup>12</sup> como la Corte Constitucional<sup>13</sup> –y, por supuesto, la Fiscalía General de la Nación– proclaman el imperio de institutos tan odiosos como la imprescriptibilidad de la acción penal, la aplicación retroactiva de la misma en desfavor del reo, [...] la analogía *in malam partem*, la constitucionalidad de los tipos penales indeterminados, la conformidad con la Carta fundamental de penas privativas de la libertad de muy larga duración, la aplicación directa de los tratados internacionales sin que pasen por el tamiz del Congreso de la República ni sean desarrollados por las leyes (Velásquez Velásquez, 2012, pp. 101-102).

11 Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 16 de diciembre de 2010, Radicado 33039 M.P. José Leónidas Bustos Martínez..

12 Cita textual de pie de página de Velásquez: “Véase, por ejemplo, Auto del día trece de mayo de 2010, radicado 33118 que, por lo demás, se apoya en diversos pronunciamientos sobre la materia”.

13 Cita textual de pie de página de Velásquez: “Bien significativas, entre muchas otras decisiones, son las sentencias C-578 de 30 de julio 2002 y C-580 de 31 de julio 2002”.

## La libertad individual y los delitos de ejecución permanente

Para el profesor Roxin, son agresiones permanentes “aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo” (Roxin, 1997, p. 329). De igual manera, en palabras de Hans-Heinrich Jescheck, “en los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente” (Jescheck, 1993, p. 237). En esta medida, en los delitos de ejecución permanente la situación antijurídica permanece en el tiempo hasta cuando por algún motivo desaparece. Ante esto, la Corte Suprema de Justicia precisa que

un comportamiento único que inicia la vulneración o puesta en riesgo del bien jurídico y, sin solución de continuidad, mantiene en el tiempo la ofensa a ese interés hasta cuando el autor, por voluntad propia, deja de lesionarlo, o hasta cuando por otra razón, por ejemplo, la muerte de la víctima, su huida, el arresto del agente o la clausura de la instrucción, desaparece el daño o el peligro al interés o valor tutelado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Proceso No 22813, 2006).

Varios de los delitos descritos por el Código Penal colombiano, y que tienen que ver con el bien jurídico de la libertad individual, son de conducta o ejecución permanente, como por ejemplo el secuestro, la desaparición forzada y el desplazamiento forzado. En lo que se refiere al secuestro, el hecho se consuma con la privación ilegal de la libertad, la cual, cuando va acompañada de ocultamiento, adquiere el carácter de desaparición forzada. Durante el tiempo que subsista dicho estado y se continúe vulnerando el bien jurídico, la conducta sigue siendo actual. Esto cambia cuando el autor decide poner en libertad a la víctima o termina el daño por cualquier otra razón, por ejemplo, por la liberación de la persona por acción de la autoridad.

En los delitos de ejecución instantánea no hay dificultad para determinar el momento consumativo, puesto que este se agota con la realización del acto. En los delitos de ejecución permanente la conducta se perfecciona en el proceso de la acción o de la omisión y por ello la situación antijurídica se prolonga en el tiempo. Por tal razón debe tenerse en cuenta el momento de la terminación de

dicho estado, para así poder establecer la fecha de prescripción en los delitos y que proceda la extinción de la acción y de la pena por esta figura.

De acuerdo con el principio de legalidad, el tipo penal aplicable a la conducta punible realizada por una persona es la preexistente a la misma. Es decir, la ley a la que se acude es la vigente en el momento de realización del delito (Constitución, 1991, art. 29)<sup>14</sup>. Según el artículo 26 del Código Penal, el tiempo de la conducta punible es el “de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado” (Código Penal, 2000). Se considera que el momento de realización de un delito es en el que este se ejecuta o cuando tuvo lugar la acción omitida, es decir, cuando el autor debió haber actuado. La misma disposición señala que puede ser otro el tiempo en que se produzca el resultado, lo que reitera la importancia de la ocasión en que se realiza la acción o en que se debió producir la omisión, para efecto de determinar cuál es la norma preexistente y, por tanto, aplicable a cada caso.

En relación con los delitos de ejecución instantánea no hay dificultad para determinar la ley preexistente. Por el contrario y siguiendo a Roxin, respecto a los delitos permanentes debe aplicarse la ley que está vigente en el momento de la terminación del hecho, para así no infringir la prohibición de retroactividad de la imposición de una pena (Roxin, 1997). En el caso de este tipo de delitos puede ocurrir que la ley vigente en el tiempo de la acción sufra una modificación durante el transcurso de la situación antijurídica, por ejemplo, que se aumenten las penas. Para este tipo de situaciones se aplica la ley que está vigente en el momento en que se agota la agresión al bien jurídico, o sea, cuando se termina la realización del delito.

La Corte Suprema de Justicia, en relación con la norma preexistente, señala que no es posible invocar el principio de favorabilidad por vía de la ultra-actividad de la norma vigente para cuando se inicia el comportamiento punible, debido a la continuación de la situación antijurídica bajo el imperio de una legislación más severa. Esto implica que el lapso en que se presenta el quebranto del bien jurídico es diferente, por lo que aplicar dicho principio significaría dejar impune ese

14 También está presente en artículo 6 del Código Penal.

tramo de la realización del delito y habría un beneficio indebido<sup>15</sup> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 40559, 2013).

Resulta importante en los delitos de ejecución permanente diferenciar el momento de consumación frente al de agotamiento de la conducta, puesto que la primera no finaliza la ejecución del hecho punible. Con frecuencia, “la consumación formal se distancia del agotamiento natural, dando lugar a un período en que el delito está consumado pero no agotado” (Zaffaroni, 2002, p. 820). Tal como está expuesto en el Código Penal, la consumación se realiza cuando se ejecuta la acción, por ejemplo con la pérdida de la libertad de la víctima en el delito de secuestro, mientras que el agotamiento de la conducta se presenta cuando la persona adquiere la libertad, sea por decisión de los secuestradores o por cualquier otra causa.

Por otra parte, en los delitos de ejecución permanente, una vez consumada la conducta, siguen siendo posibles la coautoría y la complicidad durante todo el tiempo de su realización. Por ejemplo, en el caso del secuestro, si después de la consumación alguien participa manteniendo la privación ilegal de la libertad de otra persona, aun cuando el acuerdo sea posterior a la realización de la acción, se le considera cómplice o coautor del hecho (Roxin, 1997). En cambio, en los delitos de ejecución instantánea, si no hubo acuerdo previo, después de la consumación se aplica la figura del encubrimiento por favorecimiento o por receptación, según sea el caso (Código Penal, arts. 446 y 447).

15 Para más información sobre la sentencia, ver: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2015/04/Sentencia-Gian-Carlo-Gutierrez-Suarez-40559-17-abr-2013.pdf>. Dijo la Corte:

Tratándose de delitos de ejecución permanente cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad [...]:

(i) En los delitos de carácter permanente no es posible invocar el principio de favorabilidad por vía de la ultra-actividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola.

(ii) Si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, es claro que si se aplicara la norma inicial más benéfica, se dejaría impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa.

(iii) Si quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultra-activa con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 40559, 2013).



## Libertad individual y crímenes de lesa humanidad

La construcción del concepto de crimen de lesa humanidad es relativamente reciente. Lo es como “muchos de los objetos de conocimiento a los que creíamos como realidades dadas, apriorísticas, inmutables, inscritas en la naturaleza humana [y que] en realidad son construcciones sociales, son invenciones” (Gómez Jaramillo & Silva García, 2015, p. 53), como ocurre con el delito, el delincuente, el sistema penal y el Derecho Penal, entre otros aspectos.

La denominación de delitos o crímenes de lesa humanidad, tal vez en su antecedente histórico más importante, tiene que ver con la finalización de la Segunda Guerra Mundial y el Acuerdo de Londres, firmado el 8 de agosto de 1945. Mediante este, los Estados aliados contra los Nazis (Estados Unidos, Reino Unido, Francia representada por un Gobierno Provisional y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas URSS) decidieron constituir un Tribunal Militar Internacional, encargado del juzgamiento de quienes cometieran delitos carentes de una ubicación geográfica determinada, ya fueran acusados tanto individualmente como en su calidad de miembros de grupos u organizaciones, o bajo ambas modalidades (Cruz Roja, 1945). Por otra parte, dispusieron que

los funcionarios alemanes y los hombres y miembros del partido Nazi que [hubieran] sido responsables de crímenes y atrocidades o [hubieran] participado en los mismos a través de su consentimiento, [serían] entregados a los países en los que cometieron sus abominables actos para que [pudieran] ser juzgados y condenados con arreglo a las leyes de esos países liberados y de los gobiernos libres que se [crearían] en dichos países (Cruz Roja, 1945).

Dicho Tribunal fue reglamentado mediante el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, adoptado el 6 de octubre de 1945. En el artículo 6º, se le dio la facultad para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron crímenes contra la paz y la humanidad, así como crímenes de guerra<sup>16</sup>.

16 Para ver más sobre el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg ir a: <http://www.ehu.eus/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73ESP.pdf>. En este se encuentra que los crímenes contra la paz consisten en “planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados” (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 1945). Así mismo, que los crímenes de guerra se entienden como

La necesidad de regulación de los crímenes contra la humanidad, por parte del Derecho Internacional, ha venido fortaleciéndose en la medida en que hechos atroces y lamentables han estado ocurriendo en diferentes zonas del mundo. También, por una mayor consolidación de la concepción de los Derechos Humanos y de una mayor sensibilidad de los países y las comunidades en relación con estos derechos, así como de la gravedad de los atentados contra estos y la consecuente afectación de las poblaciones.

Con posterioridad al Tribunal de Núremberg, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas constituyó Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, para juzgar crímenes cometidos en conflictos específicos, como el de la ex Yugoslavia y el de Ruanda, cuyas competencias fueron restringidas a un periodo de tiempo y lugar determinados. Respecto al primer caso, el Consejo de Seguridad ordenó la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, con sede en La Haya, el cual fue establecido mediante la Resolución 827 del 25 de mayo de 1993 (ONU), para perseguir, entre otros, los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad. Así, a través de este se juzgaría a los responsables de las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, cometidas a partir del 1 de enero de 1991 y durante la desintegración de dicho Estado y en los conflictos posteriores a la misma. Esto permitió el procesamiento de Slobodan Milosevic (Presidente de Yugoslavia), quien fue detenido el 1 de abril del 2001 por los crímenes cometidos en la crisis de Kosovo en mayo de 1999. No se terminó su juzgamiento debido a que murió el 11 de marzo de 2006 (ONU, 2015).

Sobre el segundo caso, el Tribunal Penal Internacional de Ruanda fue constituido el 8 de noviembre de 1994, bajo la resolución 955, para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras

---

violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 1945).

Finalmente, que los crímenes contra la humanidad, comprenden

el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 1945).

violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, cometidas durante el transcurso de ese año, tanto en ese territorio como en Estados vecinos al mismo (ONU, 1994). Su labor judicial terminó en 2015 y el 31 de diciembre de ese año se cerró oficialmente bajo la resolución 2256, “con lo que se completó su transición al Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales” (ONU, 2015).

Otro organismo de juzgamiento *ad hoc* fue el Tribunal Especial para Sierra Leona, el cual fue promovido por Naciones Unidas ante el fracaso de los Acuerdos de Paz de Lomé del 7 de julio de 1999 y como respuesta al reinicio de hostilidades. Bajo el reconocimiento de que dicho conflicto suponía una amenaza para la paz y la seguridad internacional, el Consejo de Seguridad de la ONU, “profundamente preocupado ante los gravísimos crímenes cometidos en el territorio de Sierra Leona contra la población de Sierra Leona y el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, y por la situación de impunidad prevaleciente” (ONU, Consejo de Seguridad, Resolución 1315, 2000a), facultó al Secretario General para negociar con el gobierno de ese país. Finalmente, el Estatuto fue firmado el 16 de enero de 2002 por los representantes del gobierno de Sierra Leona y de las Naciones Unidas. Las últimas, a través de su organismo de composición nacional e internacional, establecen en su artículo segundo que los crímenes de lesa humanidad deben ser objeto de juzgamiento por parte de un tribunal especial.

Los crímenes de lesa humanidad se definen, de manera genérica, “como aquellas conductas que ofenden a la humanidad, que dañan o agreden la conciencia general de ésta y rompen las condiciones de vida pacífica y civilizada” (Kompass, 1999, párr. 5)<sup>17</sup>. La Corte Constitucional colombiana ha considerado que los delitos de lesa humanidad “son actos inhumanos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ya sea en tiempo de guerra externo, conflicto armado interno o paz” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-578, 2002). De esta manera, la Corte rompe con el concepto que vinculaba ese tipo de delitos con la existencia de un conflicto armado y con la participación de agentes del Estado, al acoger los planteamientos contemporáneos

17 Dice Kompass:

En el ámbito del derecho internacional, la noción de crimen contra la humanidad fue construyéndose en relación con ciertas prácticas, luego de guerras y lamentables episodios de nuestra historia universal, no sólo mediante tratados internacionales, sino también a través de otras manifestaciones -como resoluciones y declaraciones de organismos internacionales- tanto a nivel mundial como regional (Kompass, 1999, párr. 7).

progresistas del Derecho Penal Internacional, acerca de que los crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir por dentro o por fuera de un conflicto armado y sin la participación de agentes estatales.

La Corte Penal Internacional –CPI–, la cual representa, por su carácter permanente, un gran avance en materia de justicia internacional, cuenta con el *Estatuto de Roma*<sup>18</sup>, instrumento adoptado desde 1998. En este se condensan los progresos normativos internacionales en materia de crímenes de lesa humanidad, recogiendo las experiencias depuradas del desarrollo de los Derechos Humanos. En el *Estatuto de Roma* no se definen este tipo de delitos, aunque sí se establecen sus características, identificables en torno a seis elementos presentes en el artículo:

1. Cuando se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático. La Corte Constitucional colombiana identifica que estos dos aspectos son alternativos, no se requiere de su realización simultánea, por lo que basta con la ejecución de alguno de ellos. Ha precisado también que

el Estatuto utiliza las expresiones ‘ataque generalizado’ para designar ‘una línea de conducta que implique un alto número de víctimas’ y el término ‘sistemático’ para referirse al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política<sup>19</sup> (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-578, 2002).

18 Para ver más sobre el Estatuto ir a: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). Este es el instrumento adoptado en Roma (Italia) por la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional", el 17 de julio de 1998, para ejercer jurisdicción sobre los responsables de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: genocidio, delitos de lesa humanidad, de guerra y el crimen de agresión. Mediante la Ley 742 del 5 de junio de 2002, Colombia aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

19 La Corte Constitucional fijó además el alcance de lo que se debe entender por ataque generalizado y sistemático: Como se emplea el término disyuntivo ‘o’, tales condiciones no son acumulativas, por lo cual el homicidio de un solo civil puede constituir un crimen de lesa humanidad si se cometió dentro de un ataque sistemático. El ‘carácter sistemático o generalizado del ataque a la población civil’, ha sido interpretado por los Tribunales Internacionales Ad Hoc, por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que: ‘El concepto de ‘generalizado’ puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de ‘sistemático’ puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-578, 2002).

De forma similar, la Corte Suprema de Justicia, dijo que:

Se trata de eventos sistemáticos y generalizados -no aislados o esporádicos-, que representan una política deliberada del Estado ejecutada por sus agentes o una práctica inhumana, tolerada por el mismo, desplegada por actores no estatales. Que el ataque sea generalizado significa que puede ser un acto a gran escala o múltiples actos que involucran un número importante de víctimas. Por su parte, la sistematicidad resulta de que la conducta sea el resultado de una planificación metódica, inmersa en una política común (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación 45.795, 15 de julio de 2015).

2. Contra una población civil. El concepto de población civil y de personas civiles “se refiere a todos aquellos que no participan directamente en las hostilidades (en conflictos armados no internacionales) y que no son combatientes (en conflictos armados internacionales)” (Hernández Martínez, 2007, p. 34). La anterior definición tiene fundamento, entre otros, en el artículo 13 del *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra*. Allí se establece la protección general de la población civil contra los peligros y ataques procedentes de operaciones militares de cualquier actor. Por vía de excepción, se define a los civiles, en este tratado, como las personas a quienes se debe proteger en tanto no participen directamente en las hostilidades (ONU, 1977c). También, en el artículo 40 del *Protocolo I* se establece la protección a las personas que hayan dejado de participar de las hostilidades. Adicional a lo anterior, en el artículo 50, se señala que en caso de duda acerca de la condición de una persona se la considerará como civil y por tanto no podrá ser objetivo militar. Y se agrega que “la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil” (ONU, 1977b).
3. Con conocimiento de que dicho ataque es generalizado o sistemático. Esta exigencia se refleja en el artículo 30.1 del *Estatuto de Roma*, según el cual, salvo que se disponga de forma contraria: “una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte, únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen” (ONU, 1998a). Por conocimiento se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos (ONU, 1998a, art. 30.3).

Según el documento anexo al *Estatuto de Roma*, denominado *Elementos de los crímenes*, dicho conocimiento

no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención

de cometer un ataque de esa índole (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003, p. 106).

4. Los siguientes actos se consideran delitos de lesa humanidad dentro del contexto de un ataque:
  - a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (ONU, 1998a, art.7).
5. El ataque a una población civil se entenderá de conformidad con la política de un Estado o de una organización que promueva y aliente activamente agresiones de esa índole<sup>20</sup>. Significa que puede ser realizado por agentes del Estado o por particulares organizados.
6. Un crimen de lesa humanidad puede ocurrir en cualquier tiempo, sea este de paz, de guerra internacional o de conflicto interno. En materia de justicia universal, a nivel internacional rigen los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*, como una garantía de juzgamiento a los autores de tales crímenes, por parte de cualquier país, independientemente del lugar en donde se cometan. En esa resolución de principios, las Naciones Unidas han establecido que:
  1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la

.....  
 20 Para más información ver: Organización de Naciones Unidas, ONU. "Elementos de los Crímenes" en *Compilación de Derecho Penal Internacional* (2002b), p. 106.

comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas [...]

2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (ONU, Resolución 3074, 1973).

La concreción de los tipos penales que describen los crímenes de lesa humanidad representa un gran avance en materia del principio de legalidad, pero al mismo tiempo entraña la dificultad de que la persecución de estas conductas ante organismos judiciales internacionales

resulte más difícil por la necesidad de probar toda una serie de nuevos requisitos [no tanto por la parte jurídica sino por] los intereses políticos de los distintos Estados que participaron en la negociación de estas definiciones, ya que fueron partes interesadas tanto en la persecución de estas conductas delictivas, como en su limitación práctica (Torres Pérez, 2008, p. 301).

Se podría pensar que en materia de Derechos Humanos existe neutralidad e imparcialidad por parte de los Estados, pero la realidad indica que no están libres de intereses de variado tipo.

Existen, en el Código Penal colombiano, tipos penales que contienen descripciones de comportamientos delictivos que, de reunir las características antes anotadas, pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad y/o crímenes de guerra. Por estos, han sido condenados en Colombia individuos pertenecientes a organizaciones al margen de la ley, en el marco de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)<sup>21</sup>. Tales delitos son: la desaparición forzada (art. 165); el secuestro (art. 168); la privación ilegal de la libertad (art. 174); la tortura (art. 178); el desplazamiento forzado (art. 180); la trata de personas en formas diferentes, como la esclavitud laboral, la esclavitud sexual, la prostitución forzada (art. 188 A); el tráfico de niñas, niños y adolescentes (art. 188C); la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, bajo unas de las formas de la conducta denominada en el Derecho Penal Internacional como embarazo forzado (art. 187).

.....  
21 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, M.P. Uldi Teresa Jiménez López, Radicación: 110016000253200680077 Postulados: Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquéz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia contra Edward Cobos Tellez y Uber Enrique Banquéz, 27 de abril de 2011 (Segunda instancia). Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra Salvatore Mancuso Gómez, Edgar Ignacio Fierro Flores y otros, 20 de noviembre de 2014, en <http://www.justiciatransicional.gov.co/normatividad/justiciaypaz>.